

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit social

Rosier, Karen

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rosier, K 2009, 'Droit social: contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 35, p. 126-140.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

chroniques et billets d'humeur aux sectes en général et à l'Église de scientologie en particulier⁷⁰³. Elle avait mis sur son site des extraits d'œuvres de l'Église de scientologie qui avaient été publiés antérieurement suite à une ordonnance d'un juge californien. Dans une décision décevante concernant le refus d'application de l'exception de citation en droit d'auteur, mais audacieuse concernant la place prééminente donnée au droit du public à l'information, la Cour de 's Gravenhage estima que le droit d'auteur de l'Église de scientologie devait s'incliner devant la liberté d'expression de Karin Spaink.

207. À l'occasion de campagnes de sensibilisation lancées en 2002 contre les politiques environnementales des groupes Areva et Esso, Greenpeace avait parodié les logos des deux marques sur son site français (www.greenpeace.fr). Barrés, les deux S du logo d'Esso renvoyaient à des dollars, tandis que le A d'Areva était tour à tour associé à une tête de mort, un poisson morbide et une bombe nucléaire. Les deux groupes ne l'entendaient pas de cette oreille et introduisirent chacun des actions en référé et au fond contre Greenpeace, invoquant l'atteinte à la marque et le dénigrement de l'image du groupe. De son côté, Greenpeace invoquait le droit à la liberté d'expression décliné sous forme de droit à la critique et à la parodie. Les affaires firent couler beaucoup d'encre judiciaire⁷⁰⁴ jusqu'à ce que la Cour de cassation française⁷⁰⁵ mette fin à la controverse, consacrant, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à la liberté d'expression même pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent, considérant qu'ayant agi dans un but d'intérêt général et de santé publique dans des moyens proportionnés à cette fin, Greenpeace n'avait pas abusé de son droit de libre expression.

V. DROIT SOCIAL : CONTRÔLE DE L'USAGE DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

Karen ROSIER⁷⁰⁶

A. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

208. Dans l'arrêt *Copland* du 3 avril 2007⁷⁰⁷, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré fondée la plainte portée par une employée d'une école privée britannique contre son employeur en raison de la surveillance systématique de l'emploi d'internet, des *e-mails* et du téléphone par ce dernier.

La Cour examina si, en l'espèce, on pouvait effectivement parler d'atteinte à la « vie privée » à propos de l'usage des moyens de communication sur son lieu de travail. Elle considéra que tel était le cas en l'espèce dès lors que l'employée n'avait pas été informée de possibles contrôles et pouvait dès lors légitimement supposer que l'usage qu'elle faisait du téléphone, de l'internet et

⁷⁰³ www.spaink.net

⁷⁰⁴ Les deux affaires firent l'objet d'une procédure en référé et au fond et il y eut appel des quatre côtés. Les décisions sont disponibles dans leur intégralité sur le site www.legalis.net.

⁷⁰⁵ Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 8 avril 2008, www.legalis.net.

⁷⁰⁶ Assistante à la faculté de Droit des FUNDP, chercheuse au CRID, avocate.

⁷⁰⁷ Cour eur. D.H., 3 avril 2007, *Copland c. R.U.*, <http://www.echr.coe.int/echr/>.

du courrier électronique était protégé par le respect dû à sa vie privée. La Cour estima, ensuite, que la prise de connaissance des données recueillies et utilisées par son supérieur hiérarchique pouvait constituer une atteinte à la vie privée. Ainsi, il importait peu que ce dernier se contentât de réutiliser des données disponibles via les factures de téléphone. La Cour précisa également que le simple enregistrement de données tombe bel et bien dans le champ d'application de l'article 8 même s'il n'a pas été fait usage de ces données dans le cadre d'un licenciement ou d'une procédure disciplinaire.

Enfin, la Cour vérifia dans quelle mesure l'établissement scolaire qui employait la plaignante était fondé à invoquer l'existence d'un pouvoir octroyé par la loi l'autorisant à prendre toute mesure nécessaire ou opportune à ses activités pour justifier la violation de la vie privée constatée par la Cour. À cet égard, la Cour rappela qu'aux termes de la jurisprudence en la matière, il est exigé que la loi en question énonce de façon suffisamment claire les circonstances et conditions dans lesquelles l'autorité publique est à même de prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à la vie privée des personnes concernées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Ce faisant, la Cour indique expressément ne pas exclure qu'une disposition légale puisse autoriser le recours à des moyens de surveillance visant l'emploi des moyens de communications utilisés par les travailleurs mais estimer que, en l'espèce, ces contrôles ne sont pas prévus par une loi conforme aux exigences de l'article 8, § 2.

B. Jurisprudence des cours et tribunaux belges⁷⁰⁸

1. Des actes constitutifs d'atteintes à la vie privée des travailleurs

a. E-mail et internet

1° Une jurisprudence hétérogène

209. Les questions de violations de la vie privée du travailleur se posent, dans les décisions recensées, dans le cadre de litiges portant sur la régularité d'un licenciement pour motif grave que l'employeur entend fonder en tout ou en partie sur un comportement fautif du travailleur impliquant l'usage de l'*e-mail* ou de l'internet. Qu'il s'agisse d'une utilisation abusive de ces outils (consultation intensive de pages internet ou de la messagerie électronique à des fins privées) ou d'une faute commise par le biais de ceux-ci (divulgations de données confidentielles, envoi de messages portant atteinte aux bonnes mœurs, etc.), l'employeur entend prouver la faute susceptible de fonder le licenciement en produisant des informations sur les données de connexions à l'internet, un relevé des données de communications permettant d'identifier les destinataires, expéditeurs, date d'envoi, intitulé des messages, etc. quand ce n'est pas tout simplement la copie d'*e-mails* sur lesquels il est parvenu à mettre la main.

Les cours et tribunaux se penchent alors sur la recevabilité des preuves qui leur sont ainsi soumises ce qui implique, à titre préalable, une analyse du caractère régulier ou non de la manière dont la preuve est obtenue. C'est dans ce cadre que la jurisprudence nous renseigne sur les conditions

⁷⁰⁸ Pour une chronique de jurisprudence consacrée à la problématique de la vie privée dans les relations de travail, voy. R. DE BARDEMAEKER et M. KOKOT, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.T.*, 2006, pp. 1 à 13.

dans lesquelles les actes posés par l'employeur sont ou non en contravention avec les règles qui consacrent et organisent une protection de la vie privée du travailleur.

210. Contrairement au courrier papier protégé par le secret des lettres⁷⁰⁹, le courrier électronique relève du secret des communications électroniques. Outre l'application des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 22 de la Constitution, on relève que la jurisprudence évoque l'application de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques⁷¹⁰ (anciennement, article 109terD de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques) et de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Le contenu du courrier électronique est toujours protégé par les articles 314bis et 259bis du Code pénal qui n'ont pas été abrogés lors de l'adoption de la nouvelle loi du 13 juin 2005. Toutefois, cette protection n'intervient que *pendant la transmission* et ces dispositions ont donc une pertinence limitée dès lors que les contrôles interviennent généralement postérieurement à la transmission⁷¹¹. À ce cadre légal non spécifique au secteur des relations de travail, est venue s'ajouter en 2002 la Convention collective de travail n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communications électroniques en réseau⁷¹². Cette C.C.T. n° 81 entend définir dans quelles conditions un contrôle des données (à l'exclusion du contenu des communications) peut intervenir.

L'application cumulative des différents textes légaux régissant les questions posées par le contrôle de l'usage fait par un travailleur de sa messagerie électronique professionnelle ou de l'internet ne rend pas aisée la tâche des cours et tribunaux. Ceci explique sans doute le fait que, nonobstant une multiplication des litiges dans lesquels le travailleur s'oppose à la production d'*e-mails* ou de données relatives à son trafic internet en invoquant une violation de son droit au respect de la vie privée, il est difficile de dégager une jurisprudence homogène dans ce domaine.

De fait, le raisonnement des juridictions saisies se concentre tantôt davantage sur l'application des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 22 de la Constitution, tantôt sur les dispositions consacrant le secret des communications électroniques. On constate également que les dernières décisions rendues en la matière se limitent principalement à une analyse du respect ou non des dispositions de la C.C.T. n° 81. En revanche, et bien que la loi du 8 décembre 1992 soit régulièrement citée dans les décisions recensées comme s'appliquant en

⁷⁰⁹ Certaines décisions citent cependant l'article 29 de la Constitution comme étant pertinent dans le cadre d'un contrôle de la correspondance réalisée par *e-mail* (voy. Trib. trav. Liège (3^e ch.), 3 septembre 2008, R.G. n° 371.015, www.cass.be; Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be; Trib. trav. Verviers (1^{re} ch.), 20 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 183).

⁷¹⁰ *M.B.*, 20 juin 2005, p. 28070.

⁷¹¹ Pour des applications de ce principe, voy. C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, R.G. n° 2070230, inédit; C. trav. Anvers (sect. Anvers), 8 janvier 2003, *Chr. D.S.*, 2003, p. 193; *R.W.*, 2005-2006, p. 391; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61. Voy. également la décision du tribunal correctionnel de Louvain qui estime que les termes « pendant la transmission » de l'article 314bis du Code pénal renvoient au temps qui s'écoule entre l'émission et la réception de la communication, réception qui n'intervient que lorsque le destinataire active sa boîte mail et ouvre les messages qu'elle contient pour les lire (Corr. Louvain, 4 décembre 2007, *T. Strafr.*, 2008, p. 223, note L. CEULEMANS).

⁷¹² Convention collective de travail n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau, adoptée le 26 avril 2002 et rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002.

cas de contrôle du trafic internet⁷¹³, des *e-mails*⁷¹⁴ ou des SMS⁷¹⁵, les décisions n'analysent généralement pas le contrôle concerné au regard de cette loi.

2° Exigences de légalité, finalité, proportionnalité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

211. La jurisprudence rendue en matière sociale a réaffirmé à plusieurs occasions l'effet horizontal direct entre les citoyens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷¹⁶ de telle sorte que la simple constatation qu'un élément de preuve a été recueilli en violation de cette disposition peut suffire à l'écarter des débats⁷¹⁷.

Pour apprécier si le contrôle est effectué dans le respect des principes de légalité, de proportionnalité et de finalité, le tribunal du travail de Hasselt a eu égard à la circonstance que le portable de l'employé avait été remis à un huissier pour qu'il procède à un constat concernant l'historique des sites consultés⁷¹⁸. Le tribunal en déduit que l'intention de l'employeur était clairement de trouver dans la consultation de cet historique un motif pour licencier le travailleur et considère que ce procédé viole le principe de proportionnalité. Il pointe également l'absence d'information préalable du travailleur et en conclut au défaut de légalité du contrôle⁷¹⁹.

Ainsi, plusieurs décisions se basent sur le contexte au sein duquel le contrôle est opéré, et en particulier sur la satisfaction ou non de l'exigence d'*information* préalable, pour vérifier la conformité du contrôle avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷²⁰.

On notera également que, dans un litige relatif à la régularité d'un licenciement pour faute grave fondé sur l'existence d'une activité professionnelle exercée pendant les heures de travail, la cour du travail d'Anvers a écarté les copies de courriers électroniques y relatifs et obtenus par l'employeur en consultant la boîte *e-mail* du travailleur sans le consentement de ce dernier⁷²¹. Par ailleurs, elle estime que l'employeur ne peut, dans ces conditions, se retrancher derrière la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise pendant une période d'absence du travailleur pour prendre connaissance des *e-mails* stockés dans la boîte de ce dernier sans son consentement⁷²².

⁷¹³ C. trav. Bruxelles, 8 avril 2003, *Chr. D.S.*, 2005, p. 208.

⁷¹⁴ C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313; C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, *Computerr.*, 2006, p. 100.

⁷¹⁵ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61.

⁷¹⁶ C. trav. Mons, 22 mai 2007, *R.D.T.I.*, n° 31, 2008, p. 229, note K. ROSIER et S. GILSON; Trib. trav. Hasselt (1^{re} ch.), 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 197.

⁷¹⁷ C. trav. Mons, 22 mai 2007, *R.D.T.I.*, n° 31, 2008, p. 229, note K. ROSIER et S. GILSON; Trib. trav. Verviers (1^{re} ch.), 20 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 183.

⁷¹⁸ Trib. trav. Hasselt (1^{re} ch.), 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 197.

⁷¹⁹ Pour d'autres décisions procédant à une analyse de la légalité d'un contrôle au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313; C. trav. Bruxelles, 22 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 218.

⁷²⁰ C. trav. Liège, 20 mars 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 89, note K. ROSIER et S. GILSON; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313; C. trav. Anvers (sect. Anvers), 1^{er} octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 510; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 208.

⁷²¹ C. trav. Anvers (sect. Anvers), 1^{er} octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 510.

⁷²² C. trav. Anvers (sect. Anvers), 1^{er} octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 510; dans le même sens: C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 22 novembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 218.

3° Respect du secret des communications électroniques

212. L'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques prévoit que: «S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut:

- 1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement;
- 2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu;
- 3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne;
- 4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non».

Cette disposition, tout comme auparavant l'ancien article 109terD de la loi du 21 mars 1991, est donc régulièrement invoquée par les travailleurs pour s'opposer à la production d'un courrier électronique ou de données de trafic internet sans son consentement.

Sur l'exigence d'un consentement libre

213. Les décisions qui se penchent davantage sur les implications de l'article 109terD de la loi du 21 mars 1991, remplacé par l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques, insistent sur le fait que des données électroniques ne peuvent être produites sans le consentement du travailleur et/ou des autres parties à la communication et, à défaut, déclarent la preuve irrecevable⁷²³.

Quant à la question d'un possible consentement libre du travailleur, la cour du travail de Bruxelles a estimé que le consentement obtenu d'une travailleuse par l'employeur pour consulter certains de ses *e-mails* lors d'un entretien faisant état du trop grand nombre d'*e-mails* envoyés par celle-ci depuis son poste à des fins privées ne pouvait être considéré comme libre et éclairé dès lors que celle-ci se trouvait sous pression au moment où elle avait donné son autorisation⁷²⁴. En sens contraire, le tribunal du travail de Liège a estimé qu'une travailleuse confrontée à une demande de consultation de ses *e-mails* en présence d'un huissier pouvait valablement y consentir mais qu'en l'espèce, dès lors que cette demande était formulée parce que l'employeur avait constaté initialement des faits au moyen d'une consultation illicite et au mépris total du principe de loyauté

⁷²³ C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 262; C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, *Computerr.*, 2006, p. 100; C. trav. Anvers (sect. d'Anvers), 15 décembre 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 146; C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 février 2004, *Oriëntatie*, 2004, p. 3, note A VANOPPEN; *Oriëntations*, 2006, p. 141; C. trav. Anvers (sect. Anvers), 1^{er} octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 510; Trib. trav. Hasselt (1^{re} ch.) 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 197.

⁷²⁴ C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, *Computerr.*, 2006, p. 100. La Commission de la protection de la vie privée avait également mis en cause le caractère libre du consentement de l'employé lorsque celui-ci pour utiliser l'internet – à quelque fin, personnelle ou professionnelle, que ce soit – n'a pas d'autre choix que de cliquer sur le bouton d'acceptation des conditions imposées par l'employeur afin d'avoir accès au réseau (Commission de la protection de la vie privée, avis n° 1 3/03 sur le contrôle par l'employeur des données de communication de l'un de ses employés, 27 février 2003, www.privacycommission.be).

dans l'exécution du contrat de travail, l'irrégularité initiale implique que toutes les démarches ultérieures visant à obtenir une preuve de ces faits sont entachées d'irrégularité⁷²⁵.

Certaines décisions se contentent du consentement implicite du travailleur pour considérer que la preuve n'a pas été obtenue illicitement. En ce sens, la cour du travail d'Anvers a estimé, entre autres considérations, que le fait que la travailleuse licenciée pour avoir fait un usage intensif de l'*e-mail* à des fins privées avait communiqué à son collègue son mot de passe emportait son consentement implicite pour que ce dernier consulte ses *e-mails*⁷²⁶.

Sur les communications protégées

214. Bien qu'en principe toutes les communications privées – c'est-à-dire destinées à un nombre limité de personnes par opposition aux communications publiques destinées à tous – bénéficient de la protection, il est à noter que certaines décisions prennent en compte l'accessibilité des informations stockées sur un ordinateur pour considérer qu'elles perdraient leur caractère « privé ».

Dans un jugement rendu le 22 octobre 2002, le tribunal du travail de Malines a ainsi estimé que, dès lors que tout un chacun pouvait potentiellement utiliser le poste de travail de ses collègues, les codes d'accès n'étant ni personnels ni confidentiels, l'échange de courriers électroniques entre collègues revêtait un caractère public plutôt que privé. Le travailleur licencié pour avoir tenu des propos inconvenants à l'encontre d'un autre travailleur dans un *e-mail* ne pouvait dès lors se retrancher derrière une violation de sa vie privée.

Plus récemment, la cour du travail de Liège s'est également fondée sur le caractère accessible de tous des messages échangés en interne dans l'entreprise pour considérer que ces messages ne revêtaient pas un caractère privé et n'étaient dès lors pas protégés par la protection de la vie privée ou par le secret de la correspondance⁷²⁷.

Sur l'existence d'un élément intentionnel dans la prise de connaissance des informations

215. Plusieurs décisions recensées ont abordé la distinction entre caractère fortuit de la découverte et contrôle intentionnel. L'élément intentionnel joue en effet un rôle primordial dans l'appréciation de l'existence d'une violation des trois premiers alinéas de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005.

Dans un jugement du 4 décembre 2007⁷²⁸, le tribunal du travail de Bruxelles distingue la découverte fortuite d'un *e-mail* avec la consultation délibérée d'une telle communication. Dans ce litige où l'employeur entendait établir l'existence d'une violation de l'obligation de non-concurrence dans le chef de son travailleur en produisant des *e-mails* échangés par ce dernier avec des entre-

⁷²⁵ Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be. Sur ce point, le tribunal rejoint la position adoptée par le tribunal du travail de Bruxelles dans un jugement du 4 décembre 2007 qui avait considéré qu'« il ne saurait par ailleurs être recouru à d'autres modes de preuve, tels des enquêtes, pour établir des éléments révélés par ces preuves acquises illégalement » (Trib. trav. Bruxelles (24^e ch.), 4 décembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 179).

⁷²⁶ C. trav. Anvers (sect. Anvers), 8 janvier 2003, *Chr. D.S.*, 2003, p. 193; *R.W.*, 2005-2006, p. 391.

⁷²⁷ C. trav. Liège, 20 mars 2006, *R.R.D.*, 2006, pp. 89-101, note K. ROSIER et S. GILSON.

⁷²⁸ Trib. trav. Bruxelles (24^e ch.), 4 décembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 179.

prises tierces, le tribunal décida qu'en l'absence du consentement du travailleur il appartenait à l'employeur de prouver le caractère fortuit de la découverte des messages produits⁷²⁹.

216. Dans un jugement rendu le 19 mars 2008⁷³⁰, le tribunal du travail de Liège considère que, même si un employeur prend incidemment connaissance du contenu d'un *e-mail* ouvert visible à l'écran, le fait qu'il consulte dans la foulée d'autres *e-mails* et les imprime est le fruit d'une démarche active révélatrice d'une intention dans le chef de son auteur. Voyez toutefois en sens contraire, l'arrêt du 28 novembre 2006 de la cour du travail de Bruxelles qui estime que la prise de connaissance de données par un informaticien qui lors d'un *backup* de données se rend compte qu'il existe un fichier de taille inappropriée et l'ouvre est une prise de connaissance involontaire⁷³¹.

Notons que la cour du travail de Bruxelles mit en évidence le fait que, nonobstant le caractère fortuit éventuel de la découverte d'un trafic internet anormalement élevé dans le chef du travailleur, il demeurerait que l'analyse des données ainsi obtenues s'assimilait à un traitement de données à caractère personnel et qu'en l'absence d'information préalable, ce traitement était irrégulier⁷³².

4° Respect de la C.C.T. n° 81

217. Les décisions plus récentes rendues en la matière prennent en compte la C.C.T. n° 81. Ainsi, plusieurs décisions ont écarté les courriers électroniques obtenus en violation de la C.C.T. n° 81⁷³³.

Il est à noter que, dans un arrêt du 15 décembre 2004⁷³⁴, la cour du travail d'Anvers constate que l'affirmation contenue dans le préambule de la C.C.T. n° 81 aux termes de laquelle « lorsque l'objet et le contenu des données de communications électroniques en réseau ont un caractère professionnel non contesté par le travailleur, l'employeur pourra les consulter sans autre procédure » et l'article 11, alinéa 3 qui la reproduit au sein de la Convention sont contraires à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'aux articles 314bis du Code pénal et 109terD de la loi du 21 mars 1991 et à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

En marge de ce constat, on notera que plusieurs décisions du tribunal du travail de Liège suggèrent qu'il conviendrait de distinguer *e-mails* professionnels des courriers privés en précisant que les *e-mails* adressés via une adresse de messagerie professionnelle ont *a priori* un caractère profes-

⁷²⁹ Il nous semble que c'est dès lors à tort que la cour du travail de Gand a estimé que la prise de connaissance d'un *e-mail* adressé par un travailleur à un tiers et divulguant des informations financières sur l'entreprise ne tombait pas dans le champ d'application de l'article 109terD dès lors que l'employeur n'avait en l'occurrence pas eu l'intention d'opérer un contrôle sur l'utilisation faite de la boîte *e-mail* pour déterminer par exemple qui envoie des messages, à qui, à quelle heure, etc. (C. trav. Gand (12^e ch., réf.), 16 juin 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 48).

⁷³⁰ Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be.

⁷³¹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 28 novembre 2006, *Chron. D.S.*, 2009, p. 32.

⁷³² C. trav. Bruxelles, 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 208; C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 15 novembre 2005, *Chron. D.S.*, 2006, p. 153.

⁷³³ Trib. trav. Liège (3^e ch.), 3 septembre 2008, R.G. n° 371.015, www.cass.be; C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 15 novembre 2005, *Chron. D.S.*, 2006, p. 153; C. trav. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 488, note K. ROSIER et S. GILSON; C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, *Computerr.*, 2006, p. 100.

⁷³⁴ C. trav. Anvers (sect. Anvers), 15 décembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, p. 146.

sionnel. Elles n'examinent la régularité du contrôle qu'après avoir constaté le caractère « mixte » (privé/professionnel) des *e-mails* concernés⁷³⁵.

218. Dans un arrêt du 2 septembre 2008, la cour du travail d'Anvers tranche une question relative au champ d'application de la C.C.T. Un travailleur, par ailleurs membre du département ICT de l'entreprise, à qui avait été reproché un usage trop intensif de l'*e-mail* et de l'internet soutenait que la C.C.T. ne s'appliquait pas dès lors que les communications avaient été réalisées par une connexion établie via le serveur mail et non au moyen de la connexion internet à disposition du travailleur⁷³⁶. La Cour trouve appui sur l'article 2 de la C.C.T. pour considérer que ce qui importe n'est pas la technologie utilisée mais le fait que le contrôle porte sur des communications réalisées dans le cadre ou, du moins, pendant la durée du travail. Dans le même sens, le tribunal du travail de Liège a considéré que le fait que les *e-mails* litigieux avaient été adressés à partir d'une boîte mail privée *Yahoo* (et non via la boîte *e-mail* professionnelle de l'entreprise) ne faisait pas obstacle à l'application de la C.C.T. dès lors que ceux-ci avaient été envoyés grâce au matériel de l'entreprise⁷³⁷.

219. À propos des modalités de contrôle, la cour du travail d'Anvers a estimé que lorsque le contrôle poursuivait à la fois une finalité de contrôle du respect d'un règlement interne sur l'usage de l'internet au sein de l'entreprise et une finalité de protection de la sécurité et du bon fonctionnement du système informatique de l'entreprise, aucune phase d'alerte préalable n'est exigée, et ce nonobstant les conséquences que l'on pourrait tirer par la suite du constat d'une éventuelle violation des règles d'utilisation internes à l'entreprise dans le chef de la personne identifiée⁷³⁸.

5° Respect de la loi du 8 décembre 1992

220. Cette loi s'applique dès lors que la prise de connaissance d'un courrier électronique, qu'il s'agisse de données de communications ou du contenu, implique le traitement de données relatif à une personne physique, à savoir à tout le moins le destinataire et l'expéditeur. C'est donc, selon nous à tort que la cour d'appel de Gand a estimé que le travailleur expéditeur d'un courrier électronique ne pouvait s'opposer à la production de celui-ci aux débats sur la base de la loi du 8 décembre 1992, et ce au motif que le contenu de l'*e-mail* portait sur des informations financières et non sur des informations relatives à sa personne⁷³⁹.

Bien que régulièrement citée comme faisant partie du cadre légal régissant le contrôle des *e-mails* et du trafic internet, peu de décisions fondent l'écartement de pièces des débats en raison d'une violation de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

⁷³⁵ T. trav. Liège (3^e ch.), 3 septembre 2008, R.G. n° 371.015, www.cass.be; T. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be. Voy. également la décision du tribunal du travail de Gand du 1^{er} septembre 2008 au sein de laquelle le tribunal suggère que lorsque le contrôle porte sur des *e-mails* professionnels, il appartiendrait au travailleur de prouver en quoi son droit au respect de la vie privée serait violé (Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 17054/06, www.cass.be).

⁷³⁶ C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, R.G. n° 2070230, inédit.

⁷³⁷ Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be.

⁷³⁸ C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, R.G. n° 2070230, inédit.

⁷³⁹ Gand (12^e ch., réf.), 16 juin 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 48.

Le tribunal du travail de Liège fait toutefois application de cette loi dans un litige relatif à un contrôle de l'usage de l'internet par un ouvrier pour constater que si la C.C.T. n° 81 n'avait pas encore été rendue obligatoire au moment du contrôle, l'obligation d'information préalable existait bel et bien en application de l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992⁷⁴⁰.

Épinglons également l'arrêt du 8 avril 2003 de la cour du travail de Bruxelles qui s'appuie sur cette loi pour considérer un contrôle comme étant irrégulier⁷⁴¹. L'employeur faisait valoir que c'était tout à fait fortuitement, lors d'une intervention technique suite à un encombrement du réseau, qu'il avait mis en évidence une consultation anormalement élevée de sites internet dans le chef d'un travailleur. La Cour fit remarquer qu'à partir du moment où les données de connexion à l'internet avaient été mises en évidence – à quelque occasion que ce soit – l'analyse des données s'assimilait à un traitement de données à caractère personnel et qu'en l'absence d'information préalable, ce traitement était irrégulier.

b. Production de SMS

221. Si la prise de connaissance d'un SMS répond aux mêmes conditions que celles des *e-mails*, les circonstances dans lesquelles un employeur peut être amené à prendre connaissance d'un SMS envoyé par un travailleur se distinguent généralement du « contrôle » plus régulièrement rencontré en matière d'*e-mails* ou de connexions à l'internet. S'il en obtient copie, c'est généralement par l'initiative d'une personne destinataire du SMS qui la lui communique.

La cour du travail de Bruxelles a écarté des débats des courriers électroniques et SMS versés par l'employeur pour établir des faits de harcèlement sexuel dans le chef de l'employé licencié dès lors que ceux-ci avaient été obtenus sans le consentement de l'employé et donc en violation de l'article 109terD, 3°, de la loi du 21 mars 1991⁷⁴². Dans le cas d'espèce, il est intéressant de relever que le tribunal ne s'interroge pas sur la manière dont les SMS se sont trouvés en possession de l'employeur alors qu'il est vraisemblable, compte tenu des faits de la cause, que ce soit la collègue victime du harcèlement et destinataire des SMS qui les ait communiqués à son employeur. Le tribunal semble donc considérer que le simple fait que l'employeur soit tiers à la communication suffit à l'obliger, au regard de l'article 109terD, à obtenir le consentement de toutes les parties à la communication.

Notons que la cour du travail de Liège parvient à une toute autre conclusion à propos d'un *e-mail* communiqué dans des circonstances comparables⁷⁴³. Il considère que dès lors que la personne est régulièrement entrée en possession du message, elle est en droit de le transmettre à son employeur. La Cour considère que le fait d'être le destinataire d'un message implique qu'on l'a obtenu de manière régulière. Cette conclusion se base sur la considération selon laquelle la preuve a été obtenue loyalement mais fait fi du fait qu'elle a ou non été obtenue de manière licite, c'est-à-dire sans violation de la loi.

⁷⁴⁰ Trib. trav. Liège (10^e ch.), 24 février 2005, R.G. n° 327.207, inédit.

⁷⁴¹ C. trav. Bruxelles, 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 208.

⁷⁴² C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 février 2004, *Oriëntatie*, 2004, p. 3, note A. VANOPPEN; *Orientations*, 2006, p. 141.

⁷⁴³ C. trav. Liège (sect. Namur), 23 mars 2004, R.G. n° 7387-03, www.cass.be.

c. Accès aux fichiers stockés sur un ordinateur

222. En ce qui concerne le sort à réserver aux fichiers personnels enregistrés sur un ordinateur mis par l'employeur à la disposition du travailleur, la jurisprudence n'offre pas de réponse unanime.

Dans un arrêt du 11 janvier 2007⁷⁴⁴, la cour du travail de Liège a considéré que la production d'un document revêtant manifestement un caractère personnel (il s'agissait d'un tableau détaillant les charges du ménage d'une employée) enregistré sur le disque dur de l'ordinateur mis à la disposition de la travailleuse par son employeur ne viole pas le droit au respect de la vie privée dans la mesure où il ne s'agit pas d'un courrier privé. Elle estime qu'en enregistrant un document à caractère privé sur un ordinateur de l'entreprise, la travailleuse a pris le risque que toute personne ayant accès à cet ordinateur en prenne connaissance. La cour ne se penche pas sur la question de savoir si le document était d'une manière ou d'une autre identifié de par sa classification dans les fichiers ou de par sa dénomination comme revêtant un caractère privé⁷⁴⁵.

C'est précisément en raison du fait que des documents privés stockés sur l'ordinateur professionnel d'un travailleur licencié avaient été identifiés comme tels par ce dernier que la cour du travail de Bruxelles a estimé que l'employeur ne pouvait s'en prévaloir sans démontrer qu'il en avait obtenu copie dans le respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire en justifiant de la licéité, de la finalité et de l'adéquation du contrôle qu'il expliquait avoir opéré⁷⁴⁶. La cour affirme par ailleurs que « le fait que l'ordinateur sur lequel se trouvaient les documents est la propriété de la société n'exclut pas la protection qui s'attache au caractère personnel et privé des documents ».

d. Vidéosurveillance

223. La validité d'une surveillance par caméra sur le lieu du travail a été réglée par la Convention collective de travail n° 68 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail⁷⁴⁷. C'est donc très logiquement que la plupart des décisions examinent la recevabilité de preuves obtenues par vidéosurveillance au regard des dispositions de la convention⁷⁴⁸. Parmi ces conditions, la plus régulièrement mise en avant au cours des débats est celle de l'exigence d'une information préalable des travailleurs sur la mise

⁷⁴⁴ C. trav. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 488, note K. ROSIER et S. GILSON; *J.T.T.*, 2007, p. 249.

⁷⁴⁵ Voy. également l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 26 novembre 2006 qui considère comme licite la copie de sauvegarde effectuée automatiquement par l'employeur de toutes les données stockées sur les ordinateurs portables de ses travailleurs dès lors que l'employeur est le propriétaire de ces ordinateurs (C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 26 novembre 2006, *Chron. D.S.*, 2009, p. 32).

⁷⁴⁶ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 3 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 262. Pour une autre décision sanctionnant l'absence de preuve de l'information du conseil d'entreprise relative à l'instauration d'une surveillance par caméras au sein de l'entreprise, voy. Trib. trav. Charleroi, 4 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 97.

⁷⁴⁷ Convention collective de travail n° 68 conclue le 16 juin 1998 au sein du Conseil national du travail, relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail rendue obligatoire par arrêté royal du 20 septembre 1998.

⁷⁴⁸ Pour des décisions écartant les preuves obtenues par le moyen d'enregistrement vidéo lorsque l'employeur n'établit pas avoir obtenu ces images dans le respect de la C.C.T. n° 68: Trib. trav. Liège (3^e ch.), 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 498, note K. ROSIER et S. GILSON; *J.L.M.B.*, 2008, p. 389; C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 392, note; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit, cité par F. GILLET, « Une preuve obtenue en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68 est illicite, de même que l'aveu obtenu sur cette base », www.hrttoday.be; Trib. trav. Liège (10^e ch.), 10 mars 2005, *R.G.* n° 330.744, inédit; Trib. trav. Charleroi, 4 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 97.

en place des caméras. À cet égard, la cour du travail de Bruxelles relève que, pour respecter les obligations d'informations prescrites à l'article 9, §§ 1^{er} et 4 de la C.C.T., il ne suffit pas d'informer le conseil d'entreprise quant à la finalité des caméras utilisées par l'employeur; encore faut-il que l'employeur puisse démontrer qu'il avait informé le conseil d'entreprise du principe du placement des caméras dès avant leur installation⁷⁴⁹. L'obligation d'information reste donc intacte même si les conséquences du non-respect de cette condition peuvent être nuancées au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation rendue en matière de recevabilité de la preuve⁷⁵⁰.

La loi du 8 décembre 1992 reste également applicable à la vidéosurveillance comme l'a rappelé le tribunal du travail de Liège qui, dans un jugement du 10 mars 2005, a conclu à l'irrégularité de la preuve d'un vol rapportée par la production d'un enregistrement vidéo alors que le traitement n'avait pas été déclaré à la Commission de la protection de la vie privée, comme pourtant requis par l'article 17 de la loi du 8 décembre 1992⁷⁵¹.

La cour du travail de Bruxelles a, quant à elle, admis la production d'une vidéo réalisée par un détective privé après avoir résolu que celle-ci avait été réalisée dans le respect des dispositions de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé⁷⁵².

e. Géolocalisation des travailleurs

224. Nous ne relevons que peu de jurisprudence portant sur les conditions dans lesquelles l'employeur peut établir la régularité d'un licenciement en se fondant sur des données obtenues par la géolocalisation du travailleur.

La cour du travail de Bruxelles a eu à connaître, dans un arrêt du 18 novembre 2004⁷⁵³, de l'utilisation du GPS qui équipait un taxi pour établir l'existence d'excès de vitesse constants et importants d'un travailleur. La cour estime qu'en vertu des articles 16 et 17 de la loi du 3 juillet 1978 et de l'existence du lien de subordination sous lequel le travailleur effectue son travail, l'entreprise doit être à même d'exercer un contrôle sur le travailleur et que l'utilisation d'un GPS pour localiser les taxis ne constituerait pas une atteinte à la vie privée du chauffeur puisqu'il ne s'agit pas de l'espionner...

Dans le même sens, le tribunal du travail de Liège estime que, dès lors que le travailleur savait que l'enregistrement de données GPS le concernant était possible et que cet enregistrement a été réalisé pour contrôler l'emploi du temps du travailleur pendant son travail, le recours à cet

⁷⁴⁹ C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 392, note.

⁷⁵⁰ Nous vous renvoyons à cet égard à l'arrêt du 2 mars 2005 de la Cour de cassation et aux propos réservés à l'évolution de cette jurisprudence sous la section « Sanction des atteintes à la vie privée – recevabilité de la preuve », *infra*.

⁷⁵¹ Trib. trav. Liège (10^e ch.), 10 mars 2005, R.G. n° 330.744, inédit. Pour une autre application de la loi du 8 décembre 1992 dans un cas de vidéosurveillance, voy. C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 6 janvier 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 300; *Chron. D.S.*, 2003, p. 19.

⁷⁵² C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 645, note L. VAN GOSSUM; voy. également à cet égard l'arrêt de la cour du travail de Liège du 15 décembre 2008 qui confirme l'admissibilité de la preuve par vidéo réalisée par un détective privé pour autant que celle-ci respecte la loi du 19 juillet 1991, *quod non* en l'espèce (C. trav. Liège (9^e ch.), 15 décembre 2008, R.G. n° 34.572/07, www.cass.be).

⁷⁵³ C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 18 novembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 145.

enregistrement répond aux conditions de finalité et de proportionnalité et ne constitue pas une violation de la vie privée du travailleur⁷⁵⁴.

f. Utilisation des données relatives aux appels téléphoniques

225. Plusieurs décisions ont admis la production de factures destinées à établir l'existence d'appels passés à des fins privées sur un téléphone de l'entreprise en considérant que l'employeur pouvait produire les listings d'appels fournis par son opérateur de téléphonie⁷⁵⁵.

Le tribunal du travail de Bruxelles va même plus loin en considérant que, non seulement l'employeur peut produire les données d'appel à sa disposition mais, qu'en outre, l'employeur, abonné à un service de téléphonie mobile, a le droit d'obtenir de l'opérateur les explications requises pour justifier le montant des factures au numéro d'appel dont il est le titulaire⁷⁵⁶. Le tribunal a estimé, en effet, que le fait pour un employeur d'interroger l'opérateur de téléphonie mobile afin d'obtenir les précisions requises pour déterminer les dates et heures auxquelles des appels litigieux ont été effectués pour s'assurer de l'identité de leur auteur peut constituer une atteinte légitime au droit au respect de la vie privée au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou de l'article 22 de la Constitution.

En l'espèce, après avoir rappelé les dispositions spécifiques applicables au secret des communications électroniques et au traitement de données à caractère personnel, le tribunal entend replacer le débat sur les limites inhérentes au respect de la vie privée. Il considère que les articles 16 et 17 de la loi sur le contrat de travail du 3 juillet 1978 fournissent une base légale au contrôle de l'employeur et que, dans le cas tranché, ce dernier a respecté l'exigence de transparence informant au préalable le travailleur d'un contrôle possible des données de communication et que ce contrôle ponctuel n'est pas disproportionné. Il souligne enfin le fait que la preuve a été soumise à contradiction dès lors qu'il a été procédé à l'audition du travailleur et que celui-ci a été confronté aux éléments de preuve que ces investigations avaient permis d'obtenir.

Par ailleurs, concernant l'utilisation d'un enregistrement d'une conversation téléphonique entre une opératrice d'un *call center* et un client réalisée lors d'un contrôle de qualité du service pour justifier le licenciement pour motif grave, la cour du travail d'Anvers a rappelé que cet enregistrement ne pouvait intervenir sans le consentement de l'opératrice et du tiers sous peine de violer l'article 314bis du Code pénal et de l'article 109terD de la loi du 21 mars 1991⁷⁵⁷. Cet arrêt porte sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 128, § 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques qui a assoupli les conditions d'enregistrement des communications à des fins de contrôle de qualité au sein des *call centers*.

2. Sanctions des atteintes à la vie privée

226. Outre les sanctions propres au non-respect des dispositions concernées, il y a lieu d'avoir égard aux conséquences associées par la jurisprudence au non-respect de la vie privée du

⁷⁵⁴ Trib. trav. Liège (5^e ch.), 16 mai 2007, R.G. n° 358.538, www.cass.be.

⁷⁵⁵ C. trav. Liège, 21 mai 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 180; C. trav. Gand, 22 octobre 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 41.

⁷⁵⁶ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61.

⁷⁵⁷ C. trav. Anvers (sect. Anvers), 13 décembre 2006, R.G. n° 2005-0698, www.cass.be.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

travailleur et qui sont de deux ordres : la recevabilité des preuves ainsi produites et la réparation du dommage causé au travailleur.

a. Questions liées à la recevabilité de la preuve

227. Les décisions recensées qui constatent qu'un élément de preuve a été recueilli irrégulièrement l'écartent des débats. La jurisprudence considère majoritairement que les aveux obtenus à la suite de moyens de preuves illégales doivent être considérés eux-mêmes comme illégaux⁷⁵⁸.

Toutefois, on constate une percée de la jurisprudence dite *Antigoon*⁷⁵⁹ dans les litiges sociaux. Au regard de cette jurisprudence, le juge ne doit pas automatiquement écarter des débats les preuves recueillies de manière illicite. On citera en particulier l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2005 (dit arrêt *Manon*) rendu en matière pénale mais mettant en jeu l'application de la C.C.T. n° 68⁷⁶⁰. En l'espèce, un employeur avait filmé à son insu une employée qu'il soupçonnait de vol en s'abstenant de fournir l'information requise. Il était argué que l'obtention d'une preuve en violation de l'information préalable requise par l'article 9 de la C.C.T. n° 68 devait être écartée des débats. La Cour a décidé qu'il appartenait au juge d'apprécier l'irrégularité des moyens de preuve produits aux débats dès lors que le non-respect de l'obligation préalable d'information n'était pas sanctionné de nullité⁷⁶¹.

La jurisprudence ayant été rendue en matière pénale, les cours et tribunaux du travail avaient à plusieurs reprises affirmé que cette jurisprudence n'avait pas lieu de s'appliquer dans les litiges civils⁷⁶².

228. Il n'est pas exclu que cette affirmation puisse désormais être remise en question au regard de l'arrêt rendu le 10 mars 2008 par la Cour de cassation dans un litige opposant l'O.N.Em. à un chômeur. Ce dernier avait été sanctionné par l'O.N.Em. pour avoir travaillé au noir, l'O.N.Em. s'étant fondé à cet égard sur un procès-verbal dressé par la police qu'il avait obtenu en violation du secret

⁷⁵⁸ Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be; Trib. trav. Liège (3^e ch.), 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 498, note K. ROSIER et S. GILSON; *J.L.M.B.*, 2008, p. 389; C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 15 juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 492; C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 262; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit, cité par F. GILLET, « Une preuve obtenue en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68 est illicite, de même que l'aveu obtenu sur cette base », www.hrttoday.be; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313; Trib. trav. Nivelles (1^{re} ch.), 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181; Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be.

⁷⁵⁹ Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, conclusions de l'avocat général D. Vandeermeersch; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT; Cass., 21 novembre 2006, R.G. n° P060806N, www.cass.be; Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P050119F, www.cass.be; Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P041127N, www.cass.be; Cass. (2^e ch.), 23 mars 2004, R.G. n° P040012N, www.cass.be; Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P030762N, www.cass.be; Cass. (2^e ch.), 27 février 2001, *R.G.A.R.*, 2002, p. 13605.

⁷⁶⁰ Le litige avait déjà donné lieu à un premier pourvoi tranché par un arrêt du 9 juin 2004 (Cass. (2^e ch.), 9 juin 2004, R.G. n° P.04.0603/F/1, www.cass.be).

⁷⁶¹ Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, conclusions de l'avocat général D. Vandeermeersch; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT; pour une application, voy.: Anvers, 25 octobre 2006, *T. Straf.*, p. 31, note F. VERBRUGGEN.

⁷⁶² Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be; Trib. trav. Liège (3^e ch.), 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 498, note K. ROSIER et S. GILSON; *J.L.M.B.*, 2008, p. 389; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, inédit; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit, cité par F. GILLET, « Une preuve obtenue en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68 est illicite, de même que l'aveu obtenu sur cette base », www.hrttoday.be. Pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un litige civil, voy. cependant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Mons le 2 mai 2005 (Mons (1^{re} ch.), 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 438).

de l'instruction⁷⁶³. La cour du travail d'Anvers avait considéré que l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2005 n'était pas pertinent dans le cadre d'un litige civil.

La Cour de cassation rappelle que, sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge doit examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise. Dans ces conditions, le juge ne peut écarter la preuve que si l'irrégularité entache la fiabilité de la preuve ou si elle conduit à une méconnaissance des principes relatifs au procès équitable sauf lorsque la preuve a été obtenue en violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité.

La Cour de cassation indique, dans un premier temps, que le juge peut, dans cette perspective, tenir compte entre autres de l'une ou l'autre circonstance suivante : « le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction ».

On constate toutefois que la Cour va ensuite plus loin puisqu'elle casse l'arrêt de la cour du travail d'Anvers aux motifs que celle-ci a écarté la preuve sur simple constat de l'irrégularité commise dans l'obtention de la preuve mais aussi qu'elle a refusé d'évaluer la recevabilité de la preuve au regard des critères et circonstances évoqués ci-avant.

Cette prise de position de la Cour de cassation tend non seulement à donner au juge la possibilité de prendre en considération un élément de preuve recueilli irrégulièrement mais entend également lui imposer un examen des circonstances de l'irrégularité.

Si cette décision concerne la problématique d'une sanction administrative, la Cour de cassation donne des contours à l'application de cette jurisprudence qui pourraient aller bien au-delà de la matière pénale ou des sanctions administratives. Nous relevons toutefois que les références faites, dans la description des circonstances à prendre en compte par le juge, aux infractions et à la poursuite de celles-ci confèrent encore à l'arrêt du 10 mars 2008 un ancrage essentiellement pénal.

Il est toutefois à noter que cet arrêt a été depuis lors invoqué par des juridictions de fond dans des litiges portant sur le licenciement de travailleurs⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DEBAERDEMAEKER.

⁷⁶⁴ Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, www.cass.be; C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, R.G. n° 2070230, inédit.

b. Octroi de dommages et intérêts

229. Certaines des décisions recensées non seulement écartent des débats les pièces obtenues irrégulièrement, mais octroient de surcroît à la personne concernée des dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la violation de la vie privée.

Dans un jugement du 6 mars 2007⁷⁶⁵, le tribunal du travail de Liège a considéré que l'employeur, en obtenant des images de façon irrégulière, a manqué au principe de la loyauté dans le cadre de l'exécution de contrat de travail. Il condamne l'employeur à des dommages et intérêts en se fondant sur un manquement à l'article 16 de la loi sur le contrat de travail ainsi que sur l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Ce faisant, le tribunal épingle le recueil de la preuve par caméra de manière irrégulière comme constituant un comportement fautif réalisé au cours du processus ayant abouti au licenciement. Il qualifie ce comportement de «faute dans l'exercice du droit de licencier au sens large». Le tribunal juge également que la travailleuse démontre avoir subi un dommage du fait de ce comportement fautif, dommage consistant en une atteinte à sa vie privée.

La cour du travail de Liège avait déjà octroyé des dommages et intérêts en raison de la production de courriers électroniques dont l'employeur avait irrégulièrement pris connaissance⁷⁶⁶. La Cour a considéré que la prise de connaissance irrégulière de courriers électroniques ainsi que le fait de les imprimer et de les produire en justice relevaient d'une défense en justice abusive et, estimant que l'écartement de cette pièce ne suffisait pas à réparer le dommage, elle avait octroyé à la travailleuse des dommages et intérêts.

3. Conclusions

230. L'analyse des décisions recensées permet de dégager une tendance assez générale de la jurisprudence à appliquer plus strictement les dispositions protégeant la vie privée du travailleur, ce qui tranche avec les premières décisions rendues en la matière dont certaines entendaient faire prévaloir un pouvoir de contrôle de l'employeur sur le droit au respect de la vie privée en insistant sur le fait que ce droit n'était pas absolu⁷⁶⁷.

Il est toutefois permis de s'interroger sur les suites qui seront réservées par les cours et tribunaux du travail à la jurisprudence à la Cour de cassation en matière de recevabilité de la preuve. En effet, si les juridictions de fond doivent désormais tenir compte d'une règle de non-rejet automatique des preuves recueillies irrégulièrement, les solutions jurisprudentielles risquent de changer radicalement.

⁷⁶⁵ Trib. trav. Liège (3^e ch.), 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 498, note K. ROSIER et S. GILSON; *J.L.M.B.*, 2008, p. 389.

⁷⁶⁶ C. trav. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 488, note K. ROSIER et S. GILSON.

⁷⁶⁷ Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 22 juin 2000, *Computerr.*, 2001/6, p. 312; Trib. trav. Bruxelles, 2 mai 2000, R.G. n° 1.471/99, www.droit-technologie.org.